

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'HYPOTHÈSE DU PLURALISME JURIDIQUE DANS LES SOCIÉTÉS DÉMOCRATIQUES AVANCÉES

Auteur(s) : Roderick A. MACDONALD

Revue : RDUS, 2002-2003, volume 33, numéro 1-2

Pages : 133-152

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12300>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12300>

Page vide laissée intentionnellement.

L'HYPOTHÈSE DU PLURALISME JURIDIQUE DANS LES SOCIÉTÉS DÉMOCRATIQUES AVANCÉES

par Roderick A. MACDONALD*

SOMMAIRE

Avant-propos	135
Introduction	135
I. La conjugaison des identités multiples et le pluralisme juridique	138
II. La justice dans les quartiers multiethniques et multiculturels sous l'angle du pluralisme juridique	144
Conclusion	152

*. Titulaire de la Chaire F.R. Scott en droit constitutionnel et en droit public à la Faculté de droit, Université McGill; ancien Président de la Commission du droit du Canada. Je tiens à remercier mon collègue Jean-François Gaudreault-DesBiens qui a gentiment consenti à commenter une version antérieure de ce texte. Texte original présenté au colloque «Les transformations du droit et la théorie normative du droit», tenu le 16 mai 2001 à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke (69^e Congrès de l'ACFAS). Une version préliminaire de ce texte fut présentée au colloque «Diversité culturelle et médiation : modèles, approches et stratégies pour quelle société?» au Laboratoire d'anthropologie juridique, le 11 décembre 2000 à Paris, France.

Avant-propos

Le droit n'est pas autant un fait social qu'une construction sociale. Le droit n'existe comme phénomène normatif que dans la mesure où il est reconnu à ce titre par les citoyens.

L'idéologie de la modernité soutient essentiellement que (1) le droit est uniquement rattaché à l'Etat politique (centralisme); (2) qu'il ne peut y avoir qu'un seul ordre juridique correspondant à un seul espace géographique (monisme); et (3) que le droit est toujours le produit d'une activité explicite d'institutions telles que la législature (positivisme).

Ni l'une ni l'autre de ces trois perspectives idéologiques n'est soutenable aujourd'hui comme hypothèse pour penser le droit dans les sociétés multiculturelles. Par contre, l'hypothèse du pluralisme révèle l'impact de divers ordres juridiques autonomes et concurrentiels dans nos vies quotidiennes. Elle nous permet de voir dans quelle mesure le sujet de droit est effectivement celui qui crée le droit. Enfin, cette hypothèse montre que le sujet de droit est celui qui rend possible le fonctionnement de toutes les institutions juridiques -- étatiques ou autres -- en leur accordant leur légitimité.

La problématique fondamentale du droit contemporain a trait à la conciliation des divers ordres juridiques reconnus et créés par les citoyens et citoyennes. Trouver des moyens de concilier les conflits normatifs dans notre propre vie est le premier pas pour trouver des moyens de concilier les conflits normatifs interculturels.

Introduction

1. Le but de ce court texte est double : (1) dans la première partie, je jette les bases d'une perspective théorique du droit qui, selon moi, répond mieux aux besoins des sociétés multiethniques et multiculturelles; (2) dans la deuxième partie, j'essaie d'identifier la conception des institutions et le processus d'ordonnancement juridique implicites qui sous-tendent une telle perspective théorique. La perspective s'appelle le pluralisme juridique et le processus d'ordonnancement qu'elle privilégie s'appelle la médiation.

2. Avant d'entrer dans le vif du sujet, il m'incombe de faire une mise en garde en ce qui a trait à la nature de toute perspective théorique sur le droit. Le rapport entre les perspectives théoriques et les faits sociaux qu'elles cherchent à expliquer n'est pas un rapport objectif et scientifique. Puisque les faits sociaux sont eux-mêmes constamment en construction, le rapport en question n'est jamais fixe, mais est plutôt en transformation, donc difficile à saisir. Il découle de cela que la perspective théorique que j'élabore dans ce texte n'est pas nécessairement davantage reliée aux faits sociaux que d'autres perspectives théoriques, notamment celle qu'on qualifie de théorie jacobine (ou républicaine) classique. Cette perspective veut que le droit soit exclusivement rattaché à l'État politique, qu'il soit un assemblage systémique de règles de conduite générales, abstraites et objectives, et que seuls les tribunaux juridictionnels officiels qui tranchent les litiges soient les garants de son intégrité. Bien que la théorie jacobine soit de plus en plus contestée en Amérique du nord, elle semble rester dominante en Europe.

Il se peut que la théorie républicaine classique ait une certaine utilité pour éclairer et pour expliquer le droit dans les pays démographiquement homogènes (ou officiellement présumés l'être), mais franchement, j'en doute. Quoi qu'il en soit, je suis convaincu que la perspective théorique non traditionnelle exposée dans ce texte est plus révélatrice du phénomène juridique et plus utile pour comprendre le droit et ses possibilités dans les pays qui sont démographiquement hétérogènes. Au fond, je crois que le grand projet sociétal que nous appelons droit se conçoit mieux comme une pratique émancipatoire pour tous les citoyens si l'on adopte l'approche pluraliste. Je crois aussi que la théorie du pluralisme juridique nous offre des concepts, des outils et des institutions pour mieux résoudre les conflits interculturels. En fin de compte, l'approche pluraliste sert à réorienter la manière dont ces conflits sont compris en invitant les juristes à reconnaître et à concilier les divers ordres juridiques dans le cadre desquels ils s'expriment.

3. Toute théorie juridique repose sur des présupposés ayant trait à la nature de l'être humain et de la société et aux croyances inspirant les notions de patrie, de culture, d'amour, de haine, de liberté, d'égalité, de fraternité, etc. Pour qu'une théorie quelconque soit persuasive, ses adhérents doivent justifier pourquoi leur vision des êtres humains et de la société est plus valable et plus viable -- ou

mène à une société plus libre, plus démocratique et plus juste -- que la vision des autres.

D'où cette mise en garde : la théorie du pluralisme juridique, comme toute autre théorie, n'est rien de plus qu'une hypothèse. Une théorie n'est ni vraie, ni fausse; elle nous permet d'imaginer le réel et de modeler ce réel selon les valeurs auxquelles nous adhérons. Son utilité principale réside dans les questions qu'elle nous oblige à nous poser.

4. Que dire des conflits interculturels eux-mêmes? De jeunes enfants qui jouent dans un carré de sable s'amuse selon le modèle que les psychologues appellent le jeu en parallèle. Chaque enfant habite un monde qui n'est ni interrompu ni interpellé par les autres. L'identité individuelle de chacun se construit en partie sans la connaissance et la reconnaissance d'autrui. Ce n'est que dans le cas des conflits touchant les frontières de leur espace privé -- le territoire, les objets, le bruit, l'attention des parents, par exemple -- que nous, les observateurs, percevons que ces enfants ne jouent pas véritablement ensemble. Il n'en demeure pas moins que dans ces situations conflictuelles que la constitution de l'identité des enfants comme des êtres humains qui agissent en société, et par rapport auxquels d'autres agissent en société, n'est rendue explicite.

Paradoxalement, les groupes d'adultes partageant le même espace public dans un quartier multiethnique d'une grande ville, ou même dans un État politique, adoptent un modèle d'interaction presque identique. La plupart des activités quotidiennes se font sans égard aux autres, et sans le regard des autres. On ne peut prétendre qu'il existe une situation d'équilibre statique entre ces divers groupes sociaux; il n'existe pas d'ordre définitif dans une société multiculturelle non plus qu'il n'existe de système normatif monolithique et intégré -- le droit étatique, par exemple -- pour régler l'action et l'interaction de ces groupes. L'espace public sert de lieu de rencontre où se produit le flou du quotidien; l'espace public sert de lieu de médiation interculturelle.

5. Dans ce texte, je tracerai les rapports entre la nature hypothétique des théories juridiques et l'interaction normative des groupes dans les sociétés multiethniques. La recherche que je poursuis depuis maintenant 12 ans m'amène à une conclusion qui est tout à fait inattendue en comparaison des

attentes que j'avais au début de ces recherches, en 1989. Pour rappeler, entre 1989 et 1991, j'ai été président d'un groupe de travail ministériel sur l'accès à la justice au Québec. Entre 1991 et 1997, je bénéficiais d'une subvention de recherche pour étudier le multiculturalisme dans l'un des quartiers les plus hétérogènes sur le plan ethnico-culturel à Montréal. Entre 1997 et 2000, j'ai été Président de la Commission du droit du Canada.

6. En bref, voici cette conclusion : les questions dites épistémologiques concernant la nature des interactions humaines (que ce soit dans un milieu homogène ou que ce soit dans un milieu extrêmement hétérogène) et les questions dites ontologiques sur la définition et l'objet du droit se posent inéluctablement avant les questions concernant la façon dont les conflits interculturels sont perçus, compris et éventuellement réglés.

En d'autres termes, les leçons juridiques à tirer des rencontres et, parfois, des conflits interculturels dans les pays occidentaux sont assez claires. Ces rencontres et ces conflits nous enseignent que le droit n'est pas mieux conçu comme un phénomène social objectif, édicté et imposé par un législateur officiel, capable de gérer sans heurts les rapports interculturels. Il est mieux conçu comme une construction sociale subjective, émergeant dans l'activité et l'interaction quotidiennes. Le droit, y compris le droit étatique, n'existe que dans la mesure où les citoyens et citoyennes le reconnaissent comme tel.

I. La conjugaison des identités multiples et le pluralisme juridique

7. Qu'est-ce que donc cette théorie de pluralisme juridique? D'abord, elle n'est pas un dogme. Le pluralisme juridique se conçoit comme un hypothèse pour imaginer et pour aborder la normativité dans les sociétés hétérogènes, de manière à mieux actualiser les idées de liberté, d'égalité et de fraternité. Il est, à la fois, plus démocratique (c'est-à-dire, plus respectueux de l'idée voulant que l'opposition au consensus établi ne fonde la vraie démocratie) et moins dirigiste (c'est-à-dire, qu'elle cherche moins à réglementer les croyances, les pratiques et les modes de définition de soi) que l'idéologie dite républicaine. Cette approche ne permet pas des distinctions nettes entre la normativité (en fait je devrais dire

les normativités) de l'État et les normativités de la société civile. Le pluralisme conçoit toutes ces normativités comme des ordres juridiques¹.

8. L'idéologie juridique de la modernité -- c'est-à-dire l'idéologie provenant des trois grandes révolutions politiques des XVII^e et XVIII^e siècles (celle de l'Angleterre en 1688, celle des États-Unis en 1776; et celle de la France 1789) -- se construit autour de trois postulats. Elle veut : (1) que le droit soit uniquement rattaché à l'État politique (c'est le présupposé du centralisme); (2) qu'un seul ordre juridique puisse correspondre à un seul espace géographique (c'est l'hypothèse du monisme); et (3) que le droit soit toujours le produit d'une activité explicite des institutions telles que les législatures (c'est le postulat du positivisme).

Le monisme, le centralisme et le positivisme ne sont évidemment que des hypothèses; j'insiste là-dessus. Ni l'une ni l'autre de ces caractéristiques présumées fondamentales n'est un fait social qui se rapporte à une réalité empirique. Toutes sont le fruit d'idéologies, même si les positivistes endurcis affirmeraient décrire la réalité telle qu'elle se donne à voir. Il existe, certes, les phénomènes sociaux mais leur interprétation et leur sens sont construits à travers les lentilles des idéologies et des théories.

1. La conception du pluralisme juridique exposée dans ce texte est abordée plus en détail dans les articles suivants : R. A. Macdonald, «Metaphors of Multiplicity : Civil Society, Regimes and Legal Pluralism» (1998) 15 Arizona Journal of International and Comparative Law 69; «Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law» dans A. Lajoie et al., dir., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination, effectivité*, Montreal, Thémis, 1998 à la p. 12; «Pluralism in Law and Regime Theory» dans R. Wolfe, dir., *Transatlantic Identity* [:] Proceedings of the 1996 Canada-U.K. Colloquium, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1997 à la p. 37; «Justice, Immigration and Legal Pluralism» dans P. Kelly, dir., *Colloque dans le domaine de la justice et de l'immigration*, Ottawa, Metropolis Project, 1997 à la p. 94; «What is a Critical Legal Pluralism?» (1997) 12 Canadian Journal of Law and Society 25 (avec la collaboration de Martha-Marie Kleinhans); «Les vieilles gardes, Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives» dans J.G. Belley, dir., *Le droit soluble* [:] *Contributions québécoises à l'étude l'internormativité*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996 à la p. 233; «Should Judges Be Legal Pluralists» dans *Aspects of Equality : Rendering Justice*, Ottawa, Canadian Judicial Council, 1996 à la p. 229; «Recognizing and Legitimizing Aboriginal Justice : Implications for a Reconstruction of Non-Aboriginal Legal Systems in Canada» dans *Aboriginal Peoples and the Justice System*, Ottawa, Royal Commission on Aboriginal Peoples, 1993 à la p. 232.

9. Le succès jusqu'à tout récemment de l'idéologie juridique républicaine a d'abord et avant tout été le résultat de trois facteurs socio-politiques de l'époque révolutionnaire : l'homogénéité et le faible pourcentage de la population admise à titre de citoyen; le caractère plutôt statique de la population et de l'économie; et le rôle relativement restreint qu'a joué l'État politique dans la vie normative de la population. Aucun des ces trois «faits sociaux» n'existe aujourd'hui : la population des États occidentaux est de plus en plus hétérogène au point de vue socio-démographique; la société est constamment en mutation et, même dans un milieu rural jadis isolé, les institutions traditionnelles s'effondrent; et le secteur public joue un rôle accru dans la vie quotidienne depuis l'avènement de l'État-providence. Pour ces raisons, les trois postulats de la théorie juridique classique cadrent de moins en moins bien avec la socio-démographie des sociétés contemporaines.

L'hypothèse du pluralisme juridique, par contre, relativise l'ordre juridique étatique en nous invitant à voir une multiplicité d'ordres juridiques concurrents. Pour bien situer la contribution que peut faire le pluralisme juridique dans les sociétés occidentales, il faut commencer par examiner les circonstances sont à l'origine des thèses pluralistes du 20^{ième} siècle.

10. Depuis quarante ans, les anthropologues qui ont travaillé en Afrique, en Océanie ou au nord du Canada avec les peuples autochtones, ou encore en milieu urbain (dans les favelas du Brésil, les ghettos juifs de New York, les quartiers hispaniques de Miami, par exemple) ont constaté que le droit étatique n'avait presque aucun effet normatif pour la plupart des populations étudiées. Il existait d'autres ordres juridiques non étatiques beaucoup plus puissants. Ces anthropologues ont alors essayé de comprendre la nature de cette normativité non étatique et, pour ce faire, ils ont proposé l'hypothèse du pluralisme juridique qu'en parallèle et en concurrence avec le droit étatique, il existe d'autres droits.

Selon l'hypothèse pluraliste, tout ordre juridique est constitué par les pratiques et les croyances des sujets. Le droit trouve sa source non pas dans la coercition qu'impose le pouvoir politique mais plutôt dans les interactions humaines. Pour identifier les divers sites du droit, les anthropologues ont pris l'habitude de parler ou de champs sociaux semi-autonomes, ou d'identité ethnique et religieuse, ou de sentiment de classe. En d'autres termes, les premières thèses pluralistes ont remplacé un critère normatif formel et

institutionnel (l'État) par un critère substantiel et sociologique (géographie, religion, culture et classe sociale). Ces anthropologues ont contesté explicitement l'un des trois postulats fondamentaux de la théorie juridique républicaine, celui de l'identification du droit avec l'État politique (le centralisme). Pour eux, tous ces autres ordres juridiques sont des faits sociaux normatifs qui existent en compétition avec la normativité de l'État.

11. Plus récemment, une autre approche au pluralisme juridique, plus radicale, s'est manifestée. Selon cette approche, les deux autres postulats classiques, soit le monisme et le positivisme, sont également suspects. La théorie radicale du pluralisme juridique postule que le droit est plus un mode de connaissance, une manière distinctive d'imaginer le réel, qu'un fait social. Elle tient pour acquis que la connaissance est un processus de création et de maintien du réel. Les sujets de cette connaissance sont aussi ses objets. Contrairement à la théorie républicaine et aux approches anthropologiques de la théorie du pluralisme, qui conçoivent le sujet de droit uniquement sous un angle passif (soit le sujet sur lequel le droit agit), la théorie radicale du pluralisme conçoit le sujet de droit également comme un acteur moral (le sujet actif qui confectionne le droit qui lui est applicable). La connaissance juridique est ultimement une manière distinctive d'imaginer le soi, un processus de création et du maintien du soi.

Dans la perspective du pluralisme juridique radical, le soi (sujet) est inévitablement multiple; ni l'une ni l'autre des multiples personnes que nous sommes ne prédomine sur les autres en toute occasion. Au contraire, notre vécu nous permet précisément d'exprimer l'une ou l'autre de ces personnes selon les circonstances. Dans nos rapports avec les autres, nous choisissons constamment laquelle de nos identités nous voulons privilégier, tout comme les autres nous assignent également les identités qu'ils veulent privilégier. Nous faisons appel à des critères de cohérence pour nous auto-évaluer dans le contexte des diverses possibilités qui nous sont ouvertes, et pour choisir l'ordre juridique qui nous convient davantage à un moment donné. Ce processus d'auto-évaluation se déroule comme la médiation entre nos identités multiples.

12. Nous vivons plusieurs dimensions identitaires tous les jours. Si nous cherchons à nous comprendre et à nous présenter sous l'angle de nos rapports juridiques formels avec d'autres sujets, nous pouvons dire que nous sommes, par

exemple, des consommateurs, des clients, des enfants, des parents, des époux, des légataires, des employés, des voisins, des associés, etc.

Si nous nous décrivons par rapport à nos motivations, nous pourrions dire que nous sommes téméraires, sensibles, égoïstes, altruistes, curieux, songeur, jaloux, etc. Si nous nous décrivons selon nos attaches institutionnelles, nous pouvons nous décrire comme des juristes, de juges, des professeurs, des catholiques, des citoyens, des actionnaires, des membres, etc.

Si nous nous décrivons en fonction de certains attributs identitaires visibles imposés à nous par d'autres nous sommes des hommes, des femmes, des Blancs, des Noirs, des Bruns, des Rouges ou des Jaunes, des grands, des petits, des maigres, des gros, des chevelus, des chauves; etc.

Si nous nous décrivons sous l'angle de notre rapport avec l'État politique tel que défini par cet État, nous sommes des citoyens ou citoyennes, des immigrés, des mineurs, des détenus, des inaptes, des fonctionnaires, des hommes ou des femmes politiques, etc.

Le sujet juridique est à la fois un être qui s'identifie de multiples façons et qui est identifié par d'autres de multiples façons. Son appartenance à un ordre juridique quelconque s'établit en fonction du critère identitaire du jour. Le droit étatique peut bien le qualifier de citoyen mais à l'intérieur de sa famille la qualification juridique la plus significative se situe autour des concepts de père, fils, mari, beau-frère, et ainsi de suite. La famille peut bien le qualifier de père et fils mais à l'intérieur de l'université où il travaille, par exemple, ce sont plutôt les concepts de professeur, collègue, et président de comité qui organisent ses rapports juridiques avec les autres.

13. Le sujet de droit ne choisit pas seul son appartenance à un ordre juridique quelconque ni la qualification que cet ordre juridique lui propose. Toute personne se fait qualifier de sujet de droit par l'État, par la société, par la communauté, par le lieu de travail et par d'autres sujets de droit. Mais comme le sujet de droit lui-même, ces ordres juridiques, qu'ils soient étatiques, sociétaux, communautaires, ou économiques, ne sont que des hypothèses. Ces ordres sont constitués des connaissances qu'ils possèdent, qu'ils créent et qu'ils partagent avec d'autres. Selon les théories républicaines, le droit est constitué

de ses institutions formelles : leurs règles, leurs agents et organes, et leurs sanctions. Ces théories se préoccupent de la façon dont ces institutions façonnent les sujets. La théorie pluraliste, par contre, comprend le droit en examinant la manière dont les sujets façonnent les institutions à travers les interprétations des connaissances qu'ils et elles en donnent.

Cette perspective pluraliste est évidemment déstabilisante pour les institutions et les officiers de justice étatique tels que la police, les fonctionnaires, les magistrats. Elle les oblige à reconnaître que leur rapport avec le droit et leur responsabilité envers lui n'est pas uniquement tributaire de normes juridiques étatiques. Plus encore, leur rapport avec et leur responsabilité envers lui n'est non plus tributaire de leur propre imagination (leurs croyances) et leurs pratiques (leurs comportements). En effet, selon la perspective pluraliste, le droit étatique lui-même n'est que le produit d'une construction réciproque -- une médiation constante -- entre les sujets du droit et les sujets qui exercent un rôle institutionnel (les officiers).

14. Toutefois, la vie inter- et intrasubjective n'est ni radicalement démocratique ni radicalement égalitaire. Je ne prétends pas que l'hypothèse du pluralisme, soit l'idée que les sujets de droit sont également ceux qui façonnent le droit, nous permette comme société de surmonter la discrimination, l'abus du pouvoir et les conflits interculturels. Voici pourquoi j'arrive à cette conclusion.

D'abord, en tant que sujet de droit passif ou objet de l'ordonnancement juridique, je suis conscient que ceux qui détiennent le pouvoir social vont, en fin de compte, tenter d'imposer non seulement leur interprétation du droit, mais aussi celle de ce que je suis, laquelle correspondra à l'image qu'ils se font de moi. Que ce contrôle s'exerce directement par l'imposition d'une contrainte qui se présente comme légitime (par exemple, celle qu'impose la police), ou qu'elle s'exerce indirectement par l'idéologie du pouvoir légitime (surtout le pouvoir législatif de l'État), ces détenteurs du pouvoir social vont donc me réduire à une seule dimension de mon soi. Ils vont m'imposer celle des diverses qualifications du droit étatique qui leur convient le mieux .

De plus, comme sujet de droit actif (ou créateur de l'ordonnancement juridique), je suis conscient que toutes mes interprétations du droit ne sont pas également persuasives et que, par conséquent, toutes mes identités ne sont pas

également puissantes. Mais parce que seul le sujet possède l'autorité de raconter authentiquement l'interprétation de sa vie normative, en la racontant constamment, il sert à engager, à éduquer et à influencer l'imagination interprétative des autres.

15. Le pluralisme juridique radical nous permet de voir dans quel mesure le sujet de droit est effectivement celui qui crée le droit et celui qui façonne les ordres juridiques. Il révèle également que c'est le sujet de droit qui permet à toutes les institutions juridiques, étatiques ou non étatiques, de fonctionner en leur accordant ou en leur refusant leur légitimité. En fin de compte, la perspective pluraliste radicale rejette le postulat des autres théories pluralistes voulant que la culture, la religion ou l'ethnie peuvent à elles seules déterminer les frontières du droit et des ordres juridiques. Tout comme l'État, ces phénomènes sociologiques sont construits. La pluralité des ordres juridiques reste toujours dans l'imaginaire des sujets, dans la pluralité de leurs conceptions de leur soi.

II. La justice dans les quartiers multiethniques et multiculturels sous l'angle du pluralisme juridique

16. Quelles institutions et quels processus d'ordonnement juridiques, la perspective pluraliste sous-tend-elle? Et dans quelle mesure les théories pluralistes nous permettent-elles de reconcevoir le droit afin qu'il réponde mieux aux besoins normatifs d'une société multiculturelle?

Le défi se résume ainsi. Pour réimaginer le droit non pas comme une règle abstraite, impersonnelle, institutionnelle et formelle imposée de l'extérieur par l'autorité compétente mais plutôt comme un lieu de rencontre, il nous faut un appareil conceptuel nouveau. Il faut reconstituer la norme non pas comme une règle imposée mais plutôt comme une règle négociée. Il faut reconcevoir la décision non pas comme l'énoncé officiel d'un magistrat mais plutôt comme le fruit d'un accord entre les justiciables. Et il faut revoir le décideur non pas comme le sage qui tranche un débat contradictoire mais plutôt comme un facilitateur dans le cadre d'une médiation interpersonnelle, culturelle et sociale.

17. Affirmer que le droit comprend des ordres juridiques autres que le régime étatique est problématique pour la police, les fonctionnaires et les

magistrats parce qu'ils se voient dès lors obligés de transiger avec les normes, pratiques et usages provenant de ces autres ordres juridiques. Mais prétendre en plus que tout ordre juridique se construit dans l'usage qu'en font des sujets qui le rendent légitime risque de miner le caractère normatif du droit étatique. Pour cette raison, les juristes (et surtout les professeurs de droit) ont tendance à souscrire à une conception instrumentaliste du droit selon laquelle les normes, les procédures et les institutions du droit étatique peuvent être révisées pour réglementer directement les rapports interculturels. Ainsi, ils cherchent à constituer un droit formel qui caractérise ces rapports interculturels en termes de conflits susceptibles de résolution par des processus juridictionnels. L'hypothèse du pluralisme juridique met en question cet exercice de réforme du droit étatique.

Par ailleurs, ce n'est pas seulement au niveau théorique que la perspective républicaine fait défaut. Les conclusions d'une étude sur la vie quotidienne des membres des groupes ethniques démontrent le peu d'impact que peut avoir le droit étatique. Pendant cinq ans, j'ai dirigé une équipe de recherche qui poursuivait un projet ayant pour objectif d'examiner l'engagement civique des citoyens et citoyennes en retraçant leur participation au processus officiel de gouvernance et la fréquence de leur recours aux institutions étatiques de règlement des conflits. Comme hypothèse de départ, nous nous sommes posé la question suivante : dans quelle mesure les membres de diverses communautés culturelles se servaient-ils des tribunaux civils pour régler leurs conflits intraculturels et interculturels?

Pour répondre à cette question, nous avons repéré l'usage d'une institution étatique «populaire» et en avons analysé l'usage. Nous aurions pu choisir parmi de nombreuses institutions étatiques telles que la Régie du logement et le Tribunal du bien-être social, mais notre objectif fut plus ciblé. Nous voulions connaître l'usage des institutions traditionnelles de règlement des conflits -- la cour de justice -- pour évaluer l'impact des normes et des procédures du droit étatique dans les situations de conflits intraculturels et

interculturels. Pour ce faire, nous avons entrepris une étude empirique de la Cour des petites créances de Montréal².

18. Plusieurs facteurs motivaient ce choix. D'abord, selon les sondages, le niveau de connaissance de cette institution parmi toutes les couches de la population est très élevé. Ensuite, par sa nature, elle est une institution étatique de règlement de conflits entre les citoyens agissant à titre privé. Finalement, cette cour a plusieurs particularités structurelles et procédurales ayant pour but d'y faciliter l'accès par les citoyens et citoyennes. Quelles sont ces particularités?

Premièrement, seules les personnes physiques sont, en principe, admises comme demanderesses. À l'époque de l'étude, aucune société, aucune personne morale, aucune corporation -- commerciale, religieuse ou étatique -- ne pouvait se porter demanderesse. De plus, sauf exception pour les personnes handicapées, aucun avocat ou avocate ne peut plaider à titre de représentant, que ce soit du demandeur ou du défendeur. Troisièmement, la Cour siège dans des locaux situés dans des quartiers résidentiels et ses heures d'ouvertures sont de neuf heures à vingt et une heures. Quatrièmement, la Cour est dotée de personnel de soutien, comme des greffiers, pour aider gratuitement les demandeurs et les défendeurs à remplir les formulaires. Cinquièmement, les frais pour intenter une action en justice ont été fixés à un tarif modique soit \$25. Sixièmement, avant de procéder devant le juge, un processus de médiation gratuit devant le service de médiation de la Cour est obligatoire. Septièmement, en rupture avec le modèle anglo-saxon traditionnel d'adjudication contradictoire, les juges de la Cour ont le mandat d'aider les parties à préciser leur cause et ils

2. Voir, notamment, les études suivantes : «Tales of Wows and Woes From the Masters and the Muddled : Navigating Small Claims Court Narratives» (1998) 16 Windsor Y.B. Access Just. 48 (avec la collaboration de Seana C. McGuire); «Small Claims Courts Cant» (1996) 34 Osgoode Hall Law Journal 509 (avec la collaboration de Seana C. McGuire); «Judicial Scripts in the Dramaturgy of Montreal's Small Claims Court» (1996) 11 Revue canadienne de droit et société 63 (avec la collaboration de Seana C. McGuire). Pour les autres études, voir : «Problèmes de participation aux services de la protection juridique» in S. Langlois, *et al.*, dir., *Traité des problèmes sociaux*, Quebec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1979, (1994) à la p. 907; «Theses on Access to Justice» (1992) 7 Revue canadienne de droit et société 23; «Accessibilité pour qui : Selon quelles conceptions de la justice» (1992) 33 C. de D. 457; «Access to Justice and Law Reform» (1990) 10 Windsor Y.B. Access Just. 287.

ont été choisis pour y siéger à cause de leur intérêt pour cette Cour. Finalement, bien que les juges soient tenus d'appliquer le droit, ils disposent d'une large discrétion quant aux règles de preuve et aux procédures d'audition.

19. Malgré que tous ces arrangements institutionnels aient pour but de faciliter l'accès par toutes les couches de la population à la Cour, et malgré qu'ils soient assez connus dans les milieux populaires, les résultats de nos études empiriques ont révélé le peu d'impact qu'a cette Cour sur l'accessibilité de la justice étatique. Comment en sommes-nous arrivés à cette conclusion? La démonstration se fait en quatre étapes.

Nous avons commencé par repérer plusieurs indicateurs socio-démographiques de la population des demandeurs devant la Cour -- sexe, langue maternelle, ethnie, âge, religion, pays d'origine, éducation, revenu annuel, statut d'emploi -- ainsi que des chiffres «objectifs» sur la nature de la cause et le résultat. Neuf mille dossiers (tous les dossiers de l'année judiciaire 1992-93) furent examinés, neuf cent questionnaires de suivi furent envoyés et quatre-vingt-dix entrevues détaillées furent tenues sur les lieux. Ensuite, nous avons comparé nos données à ces mêmes indicateurs socio-démographiques pour le bassin géographique de la Cour repérés par le recensement canadien, soit le bassin comprenant la population la plus diverse au point de vue socio-démographique au Québec. Troisièmement, nous avons comparé nos chiffres objectifs avec les statistiques provenant de la Cour supérieure du Québec pour la même période. Finalement, nous avons interviewé les juges à la Cour pour sonder leurs perceptions de la population des demandeurs.

Voici le résultat de cette première étape de recherche. Le profil des causes devant cette Cour n'était pas radicalement différent du profil des causes devant les instances judiciaires plus formelles. En d'autres termes, la structure de la Cour n'avait pas d'effet d'incitation sur certains types de demande. Le profil socio-démographique des demandeurs ne reflétait pas le profil de la population en général; les demandeurs furent disproportionnellement des hommes, francophones, blancs, citoyens canadiens, québécois dits de souche, professionnels, bien instruits, avec un revenu annuel largement supérieur à la moyenne, et âgés entre 35 et 55 ans. Pas moins du sixième de ces demandeurs étaient des avocats poursuivant leurs clients pour des honoraires impayés!

20. Certains diront que ces résultats sont peu révélateurs parce que les types de conflits portés devant cette Cour (et plus globalement devant toutes les Cours de justice) ne sont pas distribués de façon égale à travers toutes les couches de la population. Mais d'autres études empiriques ont confirmé que ce n'est pas le cas. Les conflits opposant les consommateurs et les commerçants, les locataires et locateurs ou les clients et les entrepreneurs, ainsi que les conflits entre voisins se distribuent assez également, indépendamment des indicateurs socio-démographiques des parties. En d'autres termes, une disproportion socio-démographique des demandeurs devant la Cour fut établie. Certaines couches de la population, par exemple, la couche où je me situe personnellement, sont plus présents dans les institutions étatiques de règlement des litiges. D'autres, par exemple les communautés culturelles, ne le sont pas.

Il y a deux autres éléments de l'analyse qu'il faut noter. Nous avons constaté par un analyse de régression que plus ces indicateurs de sous-représentation se conjuguent par exemple le cas d'une femme, immigrante, d'une minorité visible, peu instruite, avec un faible revenu, de religion minoritaire, âgée de plus de 55 ans, parlant une langue autre que le français comme langue maternelle), plus la disproportion est frappante. Les seuls critères qui dominaient tous les autres de façon évidente étaient la classe sociale et le statut économique. Par exemple, une jeune femme, immigrante, allophone, musulmane, africaine sera quand même assez présente comme demanderesse si elle est également une professionnelle (dentiste, avocate, vétérinaire) ou une entrepreneure.

La seconde observation a trait aux autres facteurs qui influent sur la décision de poursuivre. À cet égard, les facteurs socio-démographiques externes (ceux repérés d'après le recensement canadien) ne donnent pas toute l'histoire. Nous avons aussi entrepris une étude des traits psychologiques de certains demandeurs et d'autres personnes qui n'ont pas poursuivi. Cette troisième étude semble démontrer que certains types de personnalités sont plus enclins à intenter des procédures judiciaires que d'autres, nonobstant leurs caractères socio-démographiques. En d'autres termes, la décision de poursuivre ou non est le produit de plusieurs facteurs qui n'ont aucun rapport avec la justesse de la demande et avec la nature de la cause.

21. Alors comment interpréter ces données? Selon la théorie républicaine, l'absence de demandeurs en provenance des couches démunies de la population est un symptôme pathologique. Il démontre que la règle juridique abstraite et objective n'est pas toujours garante d'une justice étatique égale et également accessible à tous. Pour surmonter la pathologie, diverses solutions sont possibles. L'approche recommandée dépend des choix politiques du juriste qui les propose.

Ainsi, certains juristes, motivés par une idéologie étatique et collectiviste (des socialistes, par exemple) croient qu'il faut absolument redoubler d'efforts pour que tous les citoyens portent tous leurs conflits devant les tribunaux : plus d'argent, plus de tribunaux, plus d'aide juridique populaire. Parmi ce groupe il y a aussi ceux et celles qui soutiennent que si la disproportion a trait aux facteurs psychologiques, il faudrait aussi créer des institutions étatiques de règlement de litiges pour les timides, des processus doux, non contradictoires, non intimidants, etc.

D'autres juristes croient plus à une idéologie non-étatique mais aussi collectiviste; ce sont des communautariens. Ils cherchent à minimiser le pouvoir étatique parce qu'il sert à aliéner les citoyens, et ils proposent des institutions non-étatiques pour régler les conflits dans une ambiance de solidarité. Les idées de médiation communautaire, de justice réparatrice et de conciliation sont les réponses que l'État doit promouvoir.

Il y a en plus les juristes qui prônent une idéologie étatique mais individualiste; ce sont ceux qui adoptent la perspective jacobine. Ils acceptent l'inégalité comme résultant de la vie dans une société libre mais ils sont en faveur d'ajustements institutionnels comme ceux que reflète la Cour des petites créances. L'État peut (et doit) traiter tout citoyen ou toute citoyenne de façon égalitaire, par le biais de normes, de processus et d'institutions ouverts à tous sans discrimination. Il appartient au citoyen ou à la citoyenne (et non pas à l'État) de revendiquer et de faire reconnaître ses droits.

Finalement, d'autres encore -- disons les libérataires -- sont à la fois anti-étatiques et individualistes. Ils croient que des mécanismes privés sont à privilégier, mais à l'inverse des communautariens, leur mode de régulation préféré n'est pas la communauté mais plutôt le marché libre. Pour ces

libertaires, le fait que certains citoyens n'ont pas les ressources à poursuivre en justice n'est, en soi, ni problématique ni pathologique. Ce n'est pas la responsabilité de l'État de financer les litiges des démunis.

22. Toutes ces stratégies (et non-stratégies) pour remédier au problème de l'inaccessibilité de la justice sont le fruit d'idéologies qui s'affrontent. Paradoxalement, cependant, toutes ces stratégies renforcent le discours juridique traditionnel. Toutes ces perspectives postulent que les rapports entre personnes et entre les personnes et les institutions sont à définir unilatéralement par des règles abstraites, formelles, institutionnelles et étatiques.

La qualification de l'individu est la qualification donnée par l'institution étatique -- consommateur, locataire -- selon ses besoins. Le droit étatique établit les règles pour contrôler le comportement des sujets et il se sert de ces mêmes règles pour empêcher les sujets de concevoir leur situation et leurs rapports sociaux autrement. Pour le droit étatique, le sujet qualifié de consommateur n'est rien d'autre -- ni père, ni employé, ni résident d'un quartier, ni locataire, ni francophone, ni catholique, ni du troisième âge. Le droit étatique qualifie, selon ses critères propres, chaque partie à un litige de façon monolithique.

23. Le pluralisme juridique radical met en question cette perspective moniste et étatique. Une prépondérance de mâles, blancs, francophones de souche, professionnels, par exemple, comme demandeurs devant les tribunaux étatiques n'est pas, selon la perspective pluraliste, nécessairement pathologique. Il se peut que les demandeurs absents aient sciemment choisi de ne pas poursuivre. Vue sous cet angle, la véritable pathologie provient du fait que nos politiciens, nos juges et nos universitaires sont tous portés à percevoir cette absence comme un problème à résoudre.

Les normes informelles, les règles ambiguës et équivoques, les décisions contradictoires et les actions discrétionnaires démontrent que les sujets de droit sont eux-mêmes en train de construire le droit et les institutions. En d'autres termes, les régimes normatifs ne sont pas des entités empiriques. Ils constituent plutôt des hypothèses pour l'exploration de la mêlée sociale. Dans l'optique de la théorie du pluralisme juridique, si les citoyens et les citoyennes préfèrent mener cette exploration -- s'ils veulent débattre des rapports conflictuels -- dans

les institutions non étatiques, c'est davantage la preuve d'une société ouverte, libre et démocratique que l'indice d'une pathologie à surmonter.

24. Des recherches complémentaires dans les parcs publics d'un quartier multiethnique de Montréal semblent confirmer la perspective pluraliste. Ces recherches faisaient état de la pluralité des régimes normatifs que vivent les citoyens et citoyennes. Des amies et amants, des familles et des groupes, des personnes seules ou ensemble perçoivent qu'elles coexistent avec d'autres, autant dans leurs régimes normatifs propres, que dans les régimes normatifs construits par ces autres. Dans ce climat d'hétérogénéité diffuse, le droit étatique n'est qu'une façon parmi d'autres de saisir et de comprendre l'interaction et la communication intersubjective et interculturelle.

Tout comme les enfants qui s'amusent dans un carré de sable, ces citoyens et citoyennes créent et existent dans des mondes parallèles. Sauf dans les cas de conflits touchant les frontières de leur espace privé, ils ne sont ni interrompus ni interpellés par les autres. Toutefois, bien que la plupart des activités quotidiennes se passent sans égard aux autres, cet espace public leur sert de lieu de rencontre. L'espace public leur sert de lieu de médiation du flou interculturel.

Conclusion

25. La théorie républicaine ne rend pas compte de façon adéquate de la complexité du phénomène juridique dans les sociétés multiculturelles. De plus, la théorie du pluralisme juridique qui postule l'existence d'ordres juridiques sociologiques se révèle également problématique. Dans ce court texte, j'ai essayé de démontrer qu'une autre conception du pluralisme juridique pourrait mieux servir. Cette conception du pluralisme, loin de demander comment le droit agit sur le sujet de droit (comme si le droit, que ce soit étatique ou sociologique, était une entité réelle), demande comment les sujets de droit contribuent à la création du droit. Par cette notion dynamique du droit construit réciproquement par les sujets et les institutions officielles du droit, le pluralisme juridique donne une légitimité aux interprétations autres que celles des magistrats ou des élites de ces communautés culturelles.

L'idée du pluralisme évoquée ici est une pratique émancipatrice. Le droit vit dans l'âme de tous les membres d'une société. Au lieu de demander comment le droit voit ses sujets, il faut plutôt demander comment les sujets voient le droit. Ceci dit, il faut préciser que les sujets ne sont pas uniquement les multiples êtres construits par le sexe, l'âge, la race, la classe sociale, la langue et la religion. Il n'y a pas de traits qui soient présomptivement plus réels et plus importants que des autres. Toutes nos catégories sociales sont le résultat des compréhensions partielles des sujets.

26. La médiation que nous faisons entre les diverses identités que nous nous attribuons est le premier pas vers la médiation des ordres juridiques reflétés par l'extériorisation de ces identités. Et cette médiation des ordres juridiques est le premier pas vers la médiation des rapports interculturels et la conciliation de perspectives parfois en contestation. La problématique fondamentale du droit contemporain se situe donc au niveau de la médiation des normes, des procédures et des institutions des divers ordres juridiques que les citoyens et citoyennes reconnaissent (et créent) pour eux-mêmes et elles-mêmes.